

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Het grondrecht op snuiven of de grenzen van de gezagsbevoegdheid)

Roozendaal, W.L.

2008

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Roozendaal, W. L., (2008). *Case note: Hoge Raad (Het grondrecht op snuiven of de grenzen van de gezagsbevoegdheid)*, No. 1, Sep 14, 2007. (Arbeidsrechtelijke annotaties; Vol. 2008).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Het grondrecht op snuiven, of de grenzen aan de gezagsbevoegdheid

HR 14 september 2007, JAR 2007/250 (Hyatt/Dirksz)

Ontslag op staande voet, inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, grondrechten, gezagsbevoegdheid werkgever, alcohol- en drugsbeleid werkgever.

Volgens het arrest Hyatt/Dirksz mag een werkneemster die in haar vrije tijd cocaïne heeft gesnoven op staande voet worden ontslagen, ook al werd niet door de werkgever bestreden dat haar drugsgebruik geen kenbaar effect had op haar werkprestaties. Behalve vragen over de grenzen tussen werk en privé roept dit arrest vragen op over de wijze waarop grondrechten doorwerken in contractuele relaties. De Hoge Raad toetst voor het eerst rechtstreeks aan artikel 8 EVRM. Die toets leidt, tegen alle verwachtingen in, echter niet tot verhoogde bescherming van de werkneemster. In deze bijdrage wordt betoogd dat die bescherming wel uit de civielrechtelijke grenzen van de gezagsbevoegdheid volgt. De civielrechtelijke grenzen tussen werksfeer en persoonlijke levenssfeer liggen anders dan de grenzen van de door artikel 8 EVRM beschermde privésfeer. Door hiermee rekening te houden, had de Hoge Raad tot een andere uitkomst kunnen komen.

1 De snuivende serveerster

Werkneemster Dirksz was al ruim elf jaar in dienst bij Hyatt Aruba, filiaal van een internationale hotelketen, als ‘casino beverage server’. Hyatt is na zo’n tien jaar een antidrugsbeleid gaan voeren, in het kader waarvan zij heeft aangekondigd met *random drug-testing* te beginnen. De werknemers, onder wie Dirksz, zijn gewezen op de mogelijkheid van ontslag in geval van een positieve uitslag van een drugstest, en hebben daartoe een verklaring ondertekend dat zij dit aanvaardden.

Op enig moment is Dirksz geselecteerd voor het afnemen van een urinemonster voor een test op cocaïne en marihuana. Het laboratorium rapporteerde een positieve uitslag op cocaïne, ook na een hertest. Daarna zijn Dirksz drie mogelijkheden voorgehouden: melding bij een afkickcentrum, ontslag krijgen of vrijwillig ontslag nemen. Na een dag bedenktijd liet Dirksz weten niet te willen deelnemen aan het rehabilitatieprogramma bij het afkickcentrum. Daarop is zij op staande voet ontslagen wegens de positieve testuitslag, gecombineerd met de weigering om zich te onderwerpen aan het rehabilitatieprogramma. Dirksz heeft hierop een loonvordering ingesteld, onder nietigverklaring van het ontslag. Haar vordering werd in eerste en tweede instantie afgewezen, waarna zij cassatie instelde bij de Hoge Raad.

Uit de stukken blijkt niet hoeveel cocaïne de werkneemster had gebruikt, en hoeveel tijd er tussen dat gebruik en de aanvang van haar werk zat. Bekend is slechts dat ze op het geteste tijdstip cocaïnesporen in haar urine had. Dirksz heeft onweersproken gesteld dat zij niet heeft gebruikt tijdens werktijd. Aangenomen wordt dat de cocaïnesporen veroorzaakt konden zijn door gebruik in drie aan de test voorafgaande dagen, waaronder in casu (kenne-lijk) enkele vrije dagen vielen. Door Hyatt is niet gesteld dat het gebruik in casu een negatieve invloed had op het gedrag van Dirksz, de kwaliteit van haar werk of de veiligheid van anderen.

Opgemerkt zij dat cocaïne een oppeppende drug is, die bij incidenteel gebruik gedurende ongeveer een half uur na inname duidelijke bewust-zijns- en gedragseffecten geeft. Regelmatig gebruik kan leiden tot karak-terverandering (egoïsme, prikkelbaarheid, paranoia).¹ Het is echter in het midden gebleven of de werkneemster wellicht te kampen had met een cocaïneverslaving, die hoogstwaarschijnlijk effecten zou (gaan) sorteren op haar werkprestaties (hetgeen door Dirksz wordt ontkend), of dat zij slechts betrapt is op incidenteel recreatief cocaïnegebruik in haar vrije tijd zonder gedragseffecten op de werkplek; of iets er tussen in.

1.1 De klachten en de behandeling daarvan door de Hoge Raad

Het eerste onderdeel van de klachten is in de kern gebaseerd op de stelling dat het ontslagbeleid van Hyatt niet duidelijk was. Het op schrift gestelde alcohol- en drugsbeleid van Hyatt bevat volgens Dirksz niet duidelijk een regel volgens welke het enkele gebruik van drugs (ook al is het in privé-tijd) kan leiden tot sancties als ontslag. Men kan volgens Dirksz alleen ontslagen worden wegens overtreding van een regel, als die regel duidelijk was. De Hoge Raad verwierpt deze klacht. Uit de door Dirksz ondertekende verkla-ring blijkt namelijk dat zij aanvaardde dat een positieve alcohol- of drugs-test een reden voor ontslag kon opleveren. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat onbestreden is dat in Aruba van algemene bekendheid is dat cocaïne tot 72 uur na gebruik in het lichaam kan achterblijven en een positieve test kan veroorzaken.

Het tweede onderdeel klaagt dat de werkgever, door privégebruik van cocaïne te verbieden, althans door Dirksz op grond daarvan te ontslaan, haar

1 Cocaïne zorgt voor stemmingsverbetering, verhoogde energie en alertheid, zoals vermeld gedurende ongeveer een half uur na inname. De cocaïne zelf verdwijnt daarna snel uit het bloed, de afbraak ervan door de lever en nieren blijft 2 tot 4 dagen na het gebruik meetbaar. Desgevraagd meldt de drugsinfolijn van het Trimbos instituut: 'Wanneer iemand in het weekend cocaïne gebruikt, zal daar in de week erop niets meer van te merken zijn.' Indirect kunnen er wel gevolgen zijn, zoals de vermelde karakterverandering. Het onderdrukken van vermoeidheid door voortdurend cocaïnegebruik kan bovendien tot lichamelijke uit-putting leiden. Zie <www.jellinek.nl>.

krachtens artikel 8 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) beschermde persoonlijke levenssfeer heeft geschonden. De bescherming van het privéleven ligt volgens Dirksz tevens besloten in het civielrecht (artikel 7A:1615p BW Aruba), aangezien handelen in privétijd niet dan onder bijzondere omstandigheden, waarvan in casu niet is gebleken, als dringende reden voor ontslag kan worden aangemerkt.

Voor de beoordeling van deze klacht past de Hoge Raad de criteria toe die vaak worden genoemd als relevant voor de toets aan artikel 8 EVRM in horizontale verhoudingen. Ten eerste wordt geconstateerd dat er sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, in zoverre dat het gebruik van cocaïne in de privétijd (gedurende de weekends en in de laatste drie dagen van de vakantie) niet mogelijk is zonder het risico van een ontslag op staande voet (indien geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid een rehabilitatieprogramma te volgen). Bij de beantwoording van de vraag of deze inbreuk gerechtvaardigd is, dient volgens de Hoge Raad te worden onderzocht of de inbreuk makende handeling een legitiem doel dient en of zij een geschikt middel is om dat doel te bereiken ('het noodzakelijkheids-criterium'). Voorts moet worden onderzocht of de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer evenredig is in verhouding tot het belang van de werkgever bij het bereiken van het beoogde doel ('het proportionaliteitscriterium'), en of de werkgever dat doel redelijkerwijs op een minder ingrijpende wijze kon bereiken ('het subsidiariteitscriterium').

Het hof heeft deze criteria volgens de Hoge Raad niet miskend en zijn oordeel dat de hiervoor bedoelde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer gerechtvaardigd is, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Ter toelichting merkt de Hoge Raad op dat in cassatie niet is bestreden dat het strenge antidrugsbeleid van Hyatt een legitiem doel dient, namelijk het behoud van haar goede naam en aantrekkelijkheid voor haar gasten door een immer correct gedrag van haar werknemers zonder de negatieve invloed daarop als gevolg van het gebruik van drugs. Evenmin is volgens de Hoge Raad bestreden dat het doen van urinetesten en het verbinden van arbeidsrechtelijke sancties aan een positieve uitslag, daartoe een geschikt middel is.

Voorts getuigt het volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk dat bij afweging van het belang van Dirksz in haar vrije tijd cocaïne te kunnen gebruiken (en te voorkomen dat Hyatt daarvan op de hoogte raakt) tegenover het belang van Hyatt bij het behoud van haar goede naam en aantrekkelijkheid voor haar gasten, het Hof meer gewicht heeft toegekend aan het belang van Hyatt dan aan dat van Dirksz. De Hoge Raad merkt de functie van *casino beverage server* aan als een representatieve functie. Volgens de Hoge Raad mocht het Hof van belang ach-

ten het feit dat ook in de vrije tijd gebruikte drugs van invloed kunnen zijn op het werk, alsmede de omstandigheid dat de concrete invloed van drugs vaak moeilijk te bewijzen zal zijn. De klacht dat met een minder zware sanctie had kunnen worden volstaan, ziet er volgens de Hoge Raad aan voorbij dat Dirksz niet ontslagen is alleen wegens de positieve drugstest, maar op grond van de combinatie van die test en de weigering van het volgen van een rehabilitatieprogramma. Ten slotte merkt de Hoge Raad op dat het bepaalde in artikel 7A:1615p Arubaans BW niet van belang is bij de constatering dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer gerechtvaardigd is.

In het derde onderdeel wordt geklaagd dat het hof niet alle (relevante) omstandigheden van het geval bij zijn oordeel heeft betrokken, waaronder een aantal aangevoerde persoonlijke omstandigheden. Genoemd worden het feit dat er een dienstverband van elf jaar was, de consequenties van ontslag voor Dirksz als alleenstaande moeder met twee kinderen, en het stigmatiserende effect van opname in een drugskliniek terwijl er geen sprake was van verslaving. Dit is vooral onbegrijpelijk nu het gaat om een ontslag wegens één overtreding, zonder dat een tweede kans werd geboden. Aan deze klacht wijdt de Hoge Raad geen uitgebreide bespreking. Volgens de Hoge Raad heeft het hof de genoemde persoonlijke omstandigheden wel in aanmerking genomen, maar is het niet onbegrijpelijk dat deze omstandigheden van onvoldoende gewicht werden bevonden in het licht van het voorgaande.

2 De vrije tijd onder controle?

Ik zal er geen doekjes om winden: ik vind dit een schokkend arrest. Afgaande op krantenberichten ben ik niet de enige, tenminste niet onder arbeidsrechtjuristen.² Naar mijn mening druist het in tegen diepgewortelde opvattingen over de scheiding tussen werksfeer en persoonlijke levenssfeer. Stel dat het resultaat voor de werkneemster als een regel geformuleerd kan worden, dan is dat kort samengevat de volgende. Omdat drugsgebruik van werknemers kan leiden tot verminderde prestaties en imagoschade voor de werkgever, kan elk gevonden spoor van drugsgebruik, al dan niet in de vrije tijd, leiden tot verplichte opname in een ontwenningsskliniek of ontslag op staande voet bij afwijzing daarvan, ongeacht de vraag of het gebruik daadwerkelijk van negatieve invloed is op de prestaties of het imago van het bedrijf, en ongeacht de vraag of opname in een ontwenningsskliniek

2 Vgl. E. Jorritsma, Gedrag in vrije tijd telt vaker mee bij ontslag, NRC 12 oktober 2007. Volgens dit artikel heeft de advocaat van verweerster de casus voordat de uitspraak gewezen werd, voorgelegd aan ca. 70 Rotterdamse arbeidsrechtadvocaten. Ze voorspelden allen dat de Hoge Raad het ontslag zou vernietigen. Blijkens hetzelfde artikel vindt ook prof. E. Verhulp de uitspraak te ver gaan. Zie ook de annotatie van M.S.A. Vegter (SR 2007/12, p. 404-406).

medisch of sociaal gezien geïndiceerd is. Algemener geformuleerd luidt de regel dat het voor het mogen verbieden van bepaald gedrag van werknemers in hun vrije tijd en het mogen opleggen van disciplineringstrajecten bij het negeren van dit verbod, voldoende is te stellen dat dit gedrag in het algemeen gevolgen *kan* hebben voor de prestaties van werknemers en het imago van de werkgever. Deze regel geeft een zeer grote beleidsvrijheid voor werkgevers, die potentieel diep in kan grijpen in het privéleven van werknemers. Immers, niet alleen drugsgebruik kan dergelijke gevolgen hebben. Ook sommige sportieve activiteiten of juist gebrek daaraan, seksuele, slaap-, eet- en kleedgewoontes, bijbanen of hobby's kunnen in het algemeen bedreigend zijn voor de prestaties van werknemers of voor het imago van de werkgever.³

Het is echter de vraag of deze regels voor het Nederlandse arbeidsrecht wel uit het arrest gedestilleerd kunnen worden. Het betreft ten eerste een Arubaanse zaak. Mogelijk liggen de verhoudingen daar anders. Ten tweede is een dergelijke veralgemenisering wellicht niet mogelijk, gelet op de beperkingen van cassatierechtspraak, waarin de Hoge Raad immers afhankelijk is van de cassatiemiddelen. Daarom wordt eerst de vraag gesteld of dezelfde casus in Nederlandse verhoudingen of bij andere procesvoering tot andere resultaten had kunnen leiden (paragraaf 3 en 4). Een lichtpuntje in het arrest is de directe werking van artikel 8 EVRM. In paragraaf 5 wordt aandacht besteed aan de vraag of deze uitspraak nu een einde heeft gemaakt aan de aloude vraag of grondrechten nu direct of indirect moeten werken in horizontale verhoudingen. Na deze kanttekeningen zal ik meer inhoudelijk ingaan op de betekenis van het arrest voor de grenzen van de gezagsbevoegdheid en de scheiding tussen werk en privé in het algemeen (paragraaf 6 en 7), en de gezagsbevoegdheid van de werkgever inzake alcohol en drugsgebruik in het bijzonder (paragraaf 8).

3 Het Arubaanse arbeidsrecht en het concordantiebeginsel

Arubaanse rechtzoekenden kunnen tegen door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba gewezen arresten in cassatie bij de Hoge Raad. De Hoge Raad past daarbij het Arubaanse recht toe, in dit geval het arbeidsrecht. Merkwaardigerwijs kennen de openbare Nederlandse bibliotheken bijna geen literatuur of wetbundels inzake Arubaans recht. Uit de schaarse bronnen valt op te maken dat het Arubaanse arbeids-

3 Anders dan cocaïnegebruik zijn dit niet per se strafbare activiteiten. De strafbaarheid van cocaïnegebruik speelde echter nauwelijks een rol in deze zaak, hoewel er uiteraard door verweerster wel op is gewezen.

overeenkomstenrecht is gebaseerd op het Nederlandse Oud BW tot en met de wetswijzigingen van 1953.⁴ Waarschijnlijk zijn verscheidene arbeidsrechtelijke wetten die voor deze zaak relevant zouden kunnen zijn geweest in een Nederlandse zaak, niet in het Arubaanse recht van toepassing, bijvoorbeeld de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP), de Wet op de ondernemingsraden (WOR) en de Wet medische keuringen (WMK). Aruba is geen lid van de Europese Unie en EG-recht is dus ook niet van toepassing. Het EVRM is wel van toepassing, aangezien het Koninkrijk lid is van dit verdrag.

Het geschil draaide met name om de uitleg van artikel 8 EVRM (waarover later meer) en artikel 7A:1615p BW Aruba. Dat laatste artikel ziet op de regeling van het ontslag op staande voet, dat in Nederland is neergelegd in de artikelen 7:677-679 BW en sinds 1953 niet (veel) is veranderd. Volgens het vigerende *concordantiebeginsel* (artikel 39 lid 1 van het Statuut) legt de Hoge Raad eensluidende bepalingen zo veel mogelijk hetzelfde uit. Echter, een uitzondering wordt gemaakt ingeval de maatschappelijke opvattingen tussen de landen verschillen.⁵ In het geval de Hoge Raad andersluidende opvattingen in Aruba wil respecteren, kan hij zich refereren aan het oordeel van de feitelijke instanties, aangezien hij die opvattingen veelal niet uit eigen wetenschap zal kennen.

Verkeersopvattingen met betrekking tot het gebruik van alcohol en drugs zouden anders kunnen liggen in Aruba. Bekend is immers dat de handel in drugs een relatief groot maatschappelijk probleem is in het eilandennrijk.⁶ Bovendien wordt in de nabijgelegen Verenigde Staten, waar veel toeristen op Aruba vandaan komen, in vergelijking met het wat pragmatischer Nederland veel moralistischer aangekeken tegen het gebruik van drugs.

4 Vgl. HR 29 oktober 1999, NJ 2000/51. Het Nederlandse opzegverbod tijdens ziekte dateert van 1953 en is volgens het arrest wel van toepassing, het opzegverbod tijdens zwangerschap dateert van 1976 en is volgens het arrest niet van toepassing.

5 Vgl. opmerking 3.7 van A-G Hartkamp in HR 29 oktober 1999, NJ 2000/51; HR 14 februari 1997, NJ 1999/409 r.o. 3.4.

6 Vgl. Information, needs and resources analyses Aruba, United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, March 2002, te vinden op <www.unodc.org>. Minder duidelijk is hoe groot de maatschappelijke problematiek veroorzaakt door drugsgebruik is. Uit hetzelfde rapport blijkt dat rehabilitatiecentrum Centro Colorado (het door Hyatt aangewezen afkickcentrum), met een capaciteit van 72 bedden, in 2002 33 patiënten had (van wie 3 vrouw), meest gebruikers van crack en alcohol, die voornamelijk doorverwezen waren door het ziekenhuis, psychiatrische instellingen en de gevangenis. Op heel Aruba (met een bevolkingsaantal van ca. 100.000) was het aantal patiënten in rehabilitatiecentra 58. Volgens het World Drug Report 2007 van de UNODC gebruikt 1,3% van de bevolking van Aruba wel eens cocaïne, tegen 2,8% in de VS en 1,1% in Nederland (de gegevens over Aruba dateren van 1997).

Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep hebben de lokale rechters zonder meer aangenomen dat er sprake was van een geldig ontslag op staande voet. In de processtukken worden voorbeelden uit lagere rechtspraak op het eiland aangehaald. Het is niet ondenkbaar dat de Hoge Raad zich daardoor heeft laten beïnvloeden. Anderzijds wordt de aansluiting bij eventuele afwijkende lokale opvattingen op geen enkele manier benoemd of geproblematiseerd door de Hoge Raad, terwijl hij leert dat een afwijking van het concordantiebeginsel moet worden *gerechtvaardigd* door andersluidende maatschappelijke opvattingen.⁷ De 'Arubaanse' invulling van verkeersopvattingen is dus geen overtuigende verklaring voor de uitkomst van de zaak. Wellicht ligt dat anders voor het ontbreken van nadere privacy-beschermende wetgeving in de Antillen, die in Nederland wel toepasselijk is. Hier kom ik nog op terug (paragraaf 8).

4 Beperkingen in cassatie

Cassatiemiddelen moeten zoals bekend beperkt blijven tot klachten over de toepassing van het recht door de lagere instantie. De Hoge Raad spreekt zich niet uit over de uitleg en waardering van de feiten, tenzij die uitleg onbegrijpelijk is. De Hoge Raad dient zich bovendien te beperken tot een bespreking van de cassatiemiddelen. Hij onthoudt zich van een oordeel over aspecten in de zaak waar niet over geklaagd is.⁸ Deze beginselen kunnen in voorkomende gevallen de uitkomst van een arrest verklaren, zonder dat die uitkomst al te zeer veralgemeniseerd kan worden.

Echter, vastgesteld moet worden dat deze beginselen rekkelijk zijn.⁹ Al naar gelang het rechtsgebied of de kwestie in geschil veroorlooft de Hoge Raad zich wel degelijk een zekere plooiing van die beginselen. Zo leent de vraag of er een dringende reden voor ontslag is, zich volgens de Hoge Raad voor toetsing in cassatie. Daarbij worden niet alleen 'algemene normen' ontwikkeld, maar tevens feiten en omstandigheden opgesomd die volgens de Hoge Raad relevant zijn voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een dringende reden. Niet zelden casseert de Hoge Raad in dergelijke zaken wegens onvoldoende of inconsistente motivering.¹⁰ Deze wijze van toetsing

7 Zie noot 6. De A-G maakt hier wel een opmerking over, zie alinea 4.27.

8 Zie W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003, par. 4.7.3.1-4.7.3.4.

9 Vgl. E.H. Staden ten Brink, 'De Hoge Raad, stokpaarden en desinteresse', in: Voor De Laat: de Hoge Raad, Reeks VvA 34, Deventer 2005, p. 11 en 16-18.

10 Zie W.C.I. van der Grinten (bew. J.W.M. van der Grinten en W.H.A.C.M. Bouwens), Deventer: Kluwer 2005, hoofdstuk 28 par. 1; S.F. Sagel & E. Verhulp, 'Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?' in: Voor De Laat: de Hoge Raad, Reeks VvA 34, Deventer 2005, p. 83-118 (met overvloedige verwijzingen naar rechtspraak) en J.P. Quist, *Gezichtspunten bij het ontslag op staande voet*, ArA 2007/1, p. 4-46.

biedt de Hoge Raad – desgewenst – voldoende ruimte om zelf een oordeel te geven over de dringendheid van een dringende reden.

In casu was die ruimte aanwezig. Het ging immers om een ontslag op staande voet. Alleen al daarom had de Hoge Raad, wederom desgewenst, wel tot cassatie kunnen komen. Die ruimte heeft de Hoge Raad echter niet gebruikt.

Wel heeft de Hoge Raad de ruimte genomen om de belangenafweging die artikel 8 EVRM met zich brengt, zelf uit te voeren. Daarbij heeft de Hoge Raad echter de rechtsvragen beperkt door sommige aspecten die van belang waren in de afweging als ‘onbetwist’ aan te merken. Volgens de Hoge Raad is in cassatie niet bestreden dat het antidrugsbeleid van Hyatt een legitiem doel diende (de bescherming van de goede naam van Hyatt) en dat het middel daartoe (*random* urinetesten en de besproken sancties bij een positieve test) geschikt was (r.o. 3.4.3). Toegegeven kan worden dat niet expliciet is betwist dat het voorkomen van gestelde (maar onbewezen) imagoschade van Hyatt een legitiem doel was, noch wordt met zoveel woorden geklaagd dat de urinetesten en het ontslag in verhouding tot het belang van de werknemer voor het bereiken van dat doel ‘niet geschikt’ waren.¹¹ Maar wie stelt dat een dringende reden voor ontslag ontbrak, en dat een inbreuk op het recht op privacy van de werknemer op grond van artikel 8 EVRM in casu niet gerechtvaardigd werd door de belangen van de werkgever, kan toch wel geacht worden daar ook in begrepen te hebben een klacht over de noodzakelijkheid, de proportionaliteit en de subsidiariteit van de inbreuk, met inbegrip van de legitimiteit van het doel en de geschiktheid van het middel. Deze beperking van de cassatiegronden heeft de Hoge Raad dus zonder dwingende noodzaak in de cassatiemiddelen gelezen. Met evenveel recht kan het tegenovergestelde geconcludeerd worden.

Dit gezegd zijnde, moet ik constateren dat over een aantal zaken in cassatie niet met zoveel woorden is geklaagd. Met name de civielrechtelijke invalshoek is wat verwaarloosd. Zo is in het kader van de vraag of er een dringende reden was, niet expliciet gesteld dat het alcohol- en drugsbeleid van de werkgever onrechtmatig zou zijn wegens het overschrijden van de gezagsbevoegdheid of strijd met het goed werkgeverschap, zodat een dringende reden niet gelegen kan zijn in de enkele overtreding van dat beleid (zie paragraaf 6). In het kader van het bewijs van het bestaan van een dringende reden is niet gesteld dat het hof ten onrechte een zeer lage maatstaf

11 De klachten zijn niet opgenomen in de publicaties van de uitspraak. Ik heb inzage gekregen in (o.a.) de processtukken in cassatie van de zijde van verweerder, waarvoor dank.

aanlegt voor het bewijs van een redelijk belang bij het alcohol- en drugsbeleid c.q. het ontslag, terwijl doorgaans de bewijslast voor het bestaan van een dringende reden bij de werkgever ligt (zie paragraaf 6). Ten slotte is in het kader van de toets aan artikel 8 EVRM niet gesteld dat de positieve testresultaten onrechtmatig verkregen zouden zijn wegens de wijze en reden van testen (zie paragraaf 8).

Het is echter de vraag of, als al deze zaken wel aan de orde gesteld waren, dit de Hoge Raad op andere gedachten had gebracht. Ik denk het eigenlijk niet. Zoals uit het navolgende zal blijken, moeten die vragen uiteindelijk worden beantwoord met een belangenafweging. Uit het arrest blijkt duidelijk welke belangen volgens de Hoge Raad het zwaarst moesten wegen. De beperkingen van de cassatierechtspraak vormen derhalve geen overtuigende verklaring voor de uitkomst van deze zaak. De vraag blijft open in hoeverre veralgemenisering van de regels die ontleend kunnen worden aan deze uitspraak, gerechtvaardigd is.

5 Directe werking van artikel 8 EVRM

Alvorens nader in te gaan op deze vraag, wil ik enige opmerkingen maken over de rechtstreekse toetsing aan artikel 8 EVRM. In de afgelopen decennia is er veel belangstelling geweest voor de doorwerking van grondrechten in privaatrechtelijke ('horizontale') verhoudingen in staatsrechtelijke, algemeen vermogensrechtelijke en arbeidsrechtelijke literatuur. Er is in die literatuur overeenstemming over het feit dat enige doorwerking van grondrechten in civielrechtelijke betrekkingen in ieder geval moet worden aangenomen. Onenigheid bestaat over de vraag of die doorwerking 'direct' of 'indirect' moet zijn. Bij directe werking moet het verdragsartikel rechtstreeks worden toegepast, inclusief de beperkingsclausule. Bij indirecte doorwerking gebeurt dat niet, maar worden civielrechtelijke normen als redelijkheid en billijkheid ingevuld met de rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan grondrechten. In het onderhavige arrest toetst de Hoge Raad rechtstreeks aan artikel 8 EVRM. Betekent dat nu dat de pleitbezorgers van directe werking voor wat betreft artikel 8 EVRM gewonnen hebben?

Om deze vraag te beantwoorden wil ik eerst kort de achtergrond van het debat over directe of indirecte werking schetsen. Veel auteurs maken een expliciete keuze tussen directe of indirecte werking. Sommigen maken een verantwoording van deze keuze heel ingewikkeld, bijvoorbeeld door de benadering van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) te combineren met klassieke doctrines over de werking van grondrechten en de scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht. Het vaak aangehaalde

proefschrift van staatsrechtgeleerde Verhey is een voorbeeld hiervan.¹² Anderen laten zich vooral leiden door de doctrine of persoonlijke voorkeur – dat doen met name civilisten. Die zijn weer onder te verdelen in aanhangers van twee benaderingen. Ten eerste de benadering volgens welke directe horizontale werking ‘natuurlijk’ niet mogelijk is in het civiele recht vanwege de aldaar heersende (contracts)vrijheid. De aanhangers daarvan zijn te vinden onder ‘algemene’ civilisten.¹³ Volgens de tweede benadering heeft de doorwerking van grondrechten juist alleen zin als dat bestaat uit directe werking. De aanhangers daarvan zijn te vinden onder arbeidsrechtjuristen.¹⁴

Het verschil tussen algemeen civilisten en arbeidsrechtjuristen lijkt voor een deel te kunnen worden verklaard door tegengestelde rechtspolitieke oordelen over de verwachte uitkomst van directe toetsing aan grondrechten. Beide groepen verwachten namelijk dat directe werking van grondrechten zal leiden tot een verhoogde bescherming van de zwakkere partij ten opzichte van die bescherming in het civielrecht. Arbeidsrechtjuristen juichen dat veelal toe,¹⁵ algemene civilisten doorgaans juist niet. Bij nader inzien is het verschil in voorkeur voor directe of indirecte werking echter ook te verklaren door het verschil in waarde dat wordt gehecht aan het contract in het (positieve) algemene verbintenissenrecht en het arbeidsrecht.

De afkeer van directe werking van grondrechten door algemeen civilisten is verklaarbaar als men bedenkt dat die werking de belangenafweging, die besloten ligt in het algemeen verbintenissenrecht, potentieel verstoort. Die belangenafweging is primair gericht op respect voor gebondenheid aan het contract. Alleen bij (hoge) uitzondering kan een belangenafweging door de rechter tot wijziging van afspraken leiden (vergelijk artikel 6:248 lid 2 en 258

12 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten*, in het bijzonder van het recht op privacy, Zwolle: Tjeenk Willink 1992. Hoewel Verhey een van de weinigen is die ter beantwoording van dit vraagstuk de jurisprudentie van het EHRM raadpleegt (zie hierna in de hoofdttekst), sluit hij, ietwat verrassend, in afwijking van die jurisprudentie toch weer aan bij de voorkeur voor indirecte werking in de doctrine. Zie p. 111 en 118.

13 Bijv. J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking, p. 5 en 8; Asser/Hartkamp II, H. 3 par. 45a.

14 Bijv. E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, voorwoord, en de (overvloedige) literatuur genoemd op p. 61; R. van Steenbergen, *Kledingvoorschriften en grondrechten*, SR 2006/10.

15 Juist de ongelijke machtsverhouding in het arbeidsrecht rechtvaardigt in veler ogen de directe werking van grondrechten in het arbeidsrecht; die lijkt immers op de ongelijke machtsverhouding tussen overheid en burger. Vgl. Verhulp, a.w., p. 41-42 en aldaar genoemde literatuur.

BW).¹⁶ Bij bijvoorbeeld artikel 6:258 BW hoeft de wederpartij van de partij die om aanpassing vraagt, haar belang bij ongewijzigde nakoming van de overeenkomst niet te bewijzen. Bij de grondrechtelijke belangenafweging is contractstrouw echter een belang dat op zichzelf veel minder zwaar weegt dan het grondrechtelijk beschermde belang. Als ongewijzigde nakoming van een overeenkomst als een inbreuk op een grondrecht aangemerkt wordt,¹⁷ moet de partij die vasthoudt aan de overeenkomst bewijzen welk inhoudelijk belang maakt dat die inbreuk gerechtvaardigd is. Directe werking van grondrechten kan derhalve voor een (veel) zwaardere bewijslast zorgen voor de partij die vasthoudt aan de overeenkomst. Algemeen civilisten hechten doorgaans aan contractstrouw en geven daarom de voorkeur aan de 'inkleuring' van civielrechtelijke begrippen als redelijkheid en billijkheid met grondrechten, zodat het uitzonderingskarakter van de afwijking van het contract behouden kan blijven. Het grondrechtelijk beschermde belang is bij indirecte werking niet meer dan 'een belang met een uitroepeteken'.¹⁸

Arbeidsrechtjuristen pleiten zoals vermeld juist vaak voor directe werking. Het potentieel verstorende effect van directe werking van grondrechten op de toepassing van het arbeidsrecht is echter veel minder groot dan in het algemene verbintenissenrecht. Contractsvrijheid noch contractstrouw is een doorslaggevend begrip in het arbeidsrecht. Het contract wordt grotendeels eenzijdig door de werkgever bepaald, zodat van contractsvrijheid van de werknemer in veel mindere mate sprake is. Contractstrouw is in het arbeidsrecht voorts een relatief leeg begrip. Een groot gedeelte van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer wordt immers niet zozeer geregeerd door het contract, maar door 'vage begrippen' als de gezagsbevoegdheid van de werkgever (artikel 7:660 BW) en de begrenzing daarvan in (onder andere) de beginselen van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW). De toepassing van deze begrippen door de rechter vergt veelal een belangenafweging. Deze belangenafweging wijkt veel minder af van de grondrechtelijke belangenafweging dan de besproken algemeen verbintenissenrechtelijke belangenafweging, hoewel er nog steeds verschillen zijn (zie paragraaf 6). De directe werking van een grondrecht resulteert in het arbeidsrecht daarom veelal niet in een verzwaring, maar in een precisering

16 Vgl. A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking*, Monografieën Nieuw BW nr. A10, Deventer: Kluwer 2003.

17 De enkele stelling dat de 'gelaedeerde' partij zelf voor die inbreuk heeft getekend, is vaak onvoldoende om tot afwezigheid van inbreuk te komen. Aan het prijsgeven van grondrechten worden vaak hogere eisen gesteld dan aan de geldige toestandkoming van overeenkomsten in het algemeen. Vgl. Verhey, a.w. p. 316.

18 M.W. Hesselink, 'The horizontal effect of social rights in European contract law', in: M.W. Hesselink e.a., *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 129.

van de bewijslast van de werkgever. Het bewijs van zijn belang bij bijvoorbeeld het geven van een bepaald voorschrift moet dan namelijk worden ingevuld met begrippen als proportionaliteit of subsidiariteit. In de ogen van de arbeidsrechtjurist geeft deze precisering wellicht juist meer rechtszekerheid dan de toetsing van het voorschrift aan een vaag begrip als 'goed werkgeverschap'.

Directe werking van grondrechten kan dus in sommige gevallen leiden tot verlies van rechtszekerheid, terwijl het in andere gevallen juist winst kan betekenen. Dat verklaart wellicht dat de keuze sommige juristen moeilijk valt.¹⁹ Volgens een derde benadering, waar ik mij bij aan wil sluiten, is een keuze tussen directe of indirecte werking positiefrechtelijk gezien echter niet nodig.²⁰ We kunnen desgewenst profiteren van zowel de voordelen van directe werking als die van indirecte werking.

Een keus daartussen is niet nodig, omdat er geen relevante rechtsbron is waarin dat wordt vereist. Zo vereist het EHRM niet dat nationale rechters één van beide opties kiezen. Het Hof heeft zich niet rechtstreeks uitgesproken over de toets van inbreuken bij horizontale relaties, maar uit zijn uitspraken in dergelijke geschillen blijkt wel dat uitspraken van nationale rechters in civiele geschillen aan de verdragsstaat kunnen worden toegerekend.²¹ De staat kan voor die nationale uitspraken dus aansprakelijk worden gesteld. Dat wil zeggen dat de uitkomst van het geschil door het Hof getoetst kan worden aan een verdragsrecht. Om zeker te weten dat zijn uitspraak niet in strijd zal zijn met een verdragsrecht, kan de rechter dus zelf toetsen aan dat verdragsrecht (directe werking). Hij is echter niet verplicht om dat te doen, want zijn uitspraak is niet in strijd met het verdrag enkel omdat hij die toets niet uitgevoerd heeft.²² Als hij (al dan niet met behulp van indirecte werking) tot een acceptabel resultaat komt, is dat niet in strijd met het EVRM.

Zowel directe als indirecte werking hoort dus, wat het EHRM betreft, tot de positiefrechtelijke mogelijkheden. De Nederlandse grondwetgever geeft de

19 Zie de worsteling van Verhulp, a.w., voorwoord.

20 S.D. Lindenbergh, *Constitutionalisering van contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen*, WPNR (2004) 6602, p. 977. Zie voor vroege scepsis over het nut van het onderscheid tussen directe en indirecte werking ook de literatuur besproken in Verhey, a.w. p. 143.

21 Verhey, a.w., p. 49. Zie bijv. EHRM 25 maart 1985, NJ 1987, 900 m.nt. EAA (Barthold): verodsmaatregel opgelegd door burgerlijke rechter aan een dierenarts op vordering van een particuliere organisatie wordt getoetst aan artikel 10 lid 2 EVRM.

22 Vgl. EHRM 20 november 1989, NJ 1991, 738 m.nt. EAA, par. 37: 'the European Court of Human Rights should not substitute its own evaluation for that of the national courts in the instant case, where those courts, on reasonable grounds, had considered the restrictions to be necessary'. Vgl. Verhey, a.w., p. 56.

rechter dezelfde vrijheid om te bepalen op welke manier grondwettelijke rechten doorwerken in civiele relaties.²³ Die vrijheid is evenmin in algemene bewoordingen ingeperkt door de Hoge Raad. De Hoge Raad verplicht lagere rechters niet in algemene zin om verdragsrechten al dan niet direct toe te passen. Zelf toetst de Hoge Raad in aan hem voorgelegde geschillen nu eens direct aan een verdragsrecht, en dan weer indirect.²⁴

Tot nu toe leek de Hoge Raad in het geval van privacy een voorkeur te hebben voor indirecte werking. In de klassieke uitspraak inzake de Edamse bijstandsmoeder sprak de Hoge Raad immers van inbreuk op het 'recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (...) dat naar zijn inhoud *mede wordt bepaald* door artikel 8 EVRM, waarvan moet worden aangenomen dat het ook *werking heeft* tussen burgers onderling'.²⁵ In het onderhavige arrest hanteert de Hoge Raad daarentegen een directe toetsing aan artikel 8 EVRM. Zoals vermeld sluit de Hoge Raad immers aan bij de criteria die (volgens de literatuur)²⁶ relevant zijn bij de toetsing aan artikel 8 EVRM: noodzakelijkheid, proportionaliteit, en subsidiariteit van de inbreuk op het recht op privacy. Ironisch genoeg leidt de toetsing aan het grondrecht in dit geval nu juist niet tot de gevreesde of juist gewenste bescherming van de zwakkere partij. Geconcludeerd kan worden dat de verwachting dat directe werking leidt tot meer 'solidariteit' met zwakkere partijen niet per se terecht is.²⁷

23 De Nederlandse grondwetgever hanteerde tussen de twee uitersten nog diverse andere nuances, zie Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15-16. Vgl. Verhey, a.w., p. 37-38. Dit wordt ook wel aangeduid als de 'schaal van Boesjes', naar de bedenker van de diverse 'graden' van werking van grondrechten. Zie Verhulp, a.w., p. 19-20.

24 Vgl. voor de weinig dogmatische benadering van de Hoge Raad, Verhulp, a.w., p. 25-27; Verhey, a.w., p. 180.

25 HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 m.nt. EAA, r.o. 4.4, cursivering WR. Vgl. HR 27 april 2001, NJ 2001, 421 (Wennekes Lederwaren), r.o. 3.7: beoordeeld wordt of er sprake is van inbreuk op 'het onder meer door artikel 8 EVRM beschermde recht op bescherming van het privé leven'.

26 Artikel 8 EVRM vereist dat de inbreuk 'noodzakelijk [is] in een democratische samenleving'. Daaraan koppelt het EHRM het proportionaliteitsvereiste. De redenen om een inbreuk te rechtvaardigen moeten voorts 'relevant and sufficient' zijn. Vgl. o.a. A.W. Heringa, *Privé-leven en gezinsleven*, EVRM Rechtspraak & Commentaar, Den Haag: Sdu 2004, p. 29; P. van Dijk e.a., *Theory and practice of the European Convention of Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 341. Dit laatste wordt in de (Nederlandse) literatuur ook wel aangeduid als het subsidiariteitsvereiste. Vgl. Verhey, a.w., p. 327; Van Steenberghe, a.w.

27 Zie nader par. 6. Vgl. ook C.Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law*, diss. UvA 2007, hoofdstuk 5 en 6. Zij concludeert dat expliciete rechterlijke aandacht voor grondrechten niet per se leidt tot meer bescherming van de zwakkere partij, maar wel tot een meer expliciete erkenning van het feit dat een (grondrechtelijke) belangenafweging in het contractenrecht politiek beladen kan zijn. Zij plaatst die beladenheid binnen het continuüm tussen autonomie (lees: contractstrouw) en solidariteit, in navolging van Hesselink (a.w.).

Kan uit het Hyatt-arrest nu ook geconcludeerd worden dat er in het geval van beweerde schending van dit grondrecht voortaan uitsluitend direct aan artikel 8 EVRM getoetst mag worden, zodra een partij in een civielrechtelijk geschil zich op dit artikel beroept? Dat is nauwelijks voorstelbaar, al was het alleen maar omdat artikel 8 EVRM zoveel ongeregeld laat dat in het civielrecht nu juist wel geregeld is. Ik verbaas mij dan ook over de opmerking van de Hoge Raad in het arrest dat 'het bepaalde in artikel 7A:1615p Arubaans BW [...] niet van belang is' voor de vraag of het Hof tot de conclusie kon komen dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer gerechtvaardigd was (r.o. 3.4.2). Het is gissen naar de vraag wat de Hoge Raad met deze opmerking nu eigenlijk bedoelde, maar het lijkt niet aannemelijk, dat het betekent dat zodra een grondrecht ingeroepen wordt, het civielrecht niet meer relevant is.

In een lezenswaardig proefschrift²⁸ heeft C. Mak recentelijk laten zien dat in de rechtspraak in Duitsland, Italië en Frankrijk net als in Nederland geen keuze tussen directe of indirecte werking van grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen wordt gemaakt. In alle landen zijn allerhande praktijken mogelijk. De doctrinaire dichotomie tussen directe en indirecte werking is voor het duiden van die praktijken eigenlijk nauwelijks instructief. Het ware dan ook beter om achter dat debat een punt te zetten en te kijken naar wat in de rechtspraak nu eigenlijk daadwerkelijk gebeurt.²⁹ Leerzaam is met name de in Duitsland ontwikkelde praktijk van de wisselwerking tussen civielrecht en grondrechten.³⁰ Hieruit blijkt dat zelfs in één uitspraak geen keuze gemaakt hoeft te worden tussen directe of indirecte werking, maar dat er juist sprake kan zijn van 'kruisbestuiving' tussen de toepassing van civielrechtelijke leerstukken en de toetsing aan een grondrecht. De civiele rechtsregel in kwestie wordt daarbij gekleurd door het grondrecht, en andersom wordt de beperking van het grondrecht mede bepaald door de civiele rechtsregels.

Er zijn wellicht arresten van de Hoge Raad waarin een dergelijke wisselwerking ook wordt toegepast, zij het vermoedelijk impliciet. In de onderhavige uitspraak gebeurt dat in ieder geval niet. Mijns inziens valt dat te betreuren, en ik zal hierna uitleggen waarom (paragraaf 6). Op deze plaats concludeer ik dat met het onderhavige arrest vaststaat dat direct getoetst kan worden aan artikel 8 EVRM in civiele relaties. Dit houdt echter niet de

28 C. Mak, a.w.

29 Het verlaten van de kwestie directe/indirecte werking zal uiteraard niet het debat over horizontale werking van grondrechten beëindigen. Het debat zou zich echter meer rechtstreeks kunnen gaan richten op de vraag welke belangen zwaar mogen wegen in een grondrechtelijke belangenafweging, mede in het licht van de belangenafweging die besloten ligt in het toepasselijke civielrecht. Zie noot 28.

30 C. Mak, a.w., par. 2.2.

verplichting in om het civiele recht te negeren. In de navolgende paragrafen zal ik ingaan op de vraag wat de toetsing aan het civiele arbeidsrecht naar mijn mening had kunnen opleveren.

6 De grenzen van de gezagsbevoegdheid

In dit arrest gaat het niet om de vraag of het gedrag van de werknemer op zichzelf in strijd was met fatsoensnormen, goede trouw of wat dies meer zij. De vraag was of de overtreding van een door de werkgever uitgevaardigd voorschrift tot een geldig ontslag op staande voet kon leiden. Een eerste voorwaarde voor een geldig ontslag op die grondslag is dat de werkgever gerechtigd was het betreffende voorschrift uit te vaardigen. Dit leidt ons naar de vraag wat de grenzen zijn aan het gebruik van de gezagsbevoegdheid door de werkgever.

In de Nederlandse jurisprudentie en literatuur is vrij veel aandacht voor de vraag wanneer sprake is van gezagsbevoegdheid in het kader van de kwalificatie van een overeenkomst.³¹ In dat verband worden voorbeelden van typische gezagsuitoefening genoemd, zoals aanwijzingen geven over het werk of de werktijden, toestemming geven voor het opnemen van vakantie en dergelijke. De vraag waar de gezagsbevoegdheid zelf uit bestaat en waar zij ophoudt, wordt wel op deelgebieden gesteld, bijvoorbeeld in het kader van de vraag of overwerk verricht moet worden,³² maar zelden in algemene zin.³³ In de jurisprudentie komt deze vraag niet zo snel aan bod, omdat meestal de sanctie wordt getoetst die is gevolgd op de niet-nakoming van een voorschrift, zoals schorsing of ontslag op staande voet. Daarbij komen dan alle omstandigheden van het geval aan de orde,³⁴ inclusief zaken die

31 Bijv. recentelijk J.J. Trap, *De Hoge Raad na Groen/Schoevers: what's new?* ArbeidsRecht 2007/4, p. 21-28; E. Verhulp, *Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!*, SR 2005/3, p. 87-95; C.J. Loonstra, *De gezagsverhouding ex art. 7:610 BW*, SR 2005/3, p. 96-102; G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: Sdu 2005 (diss. Leiden).

32 Andere voorbeelden zijn opdrachten voor klusjes buiten de overeengekomen werkzaamheden, werkverzuim bij ziekte en arbeidsongeschiktheid, werkverzuim en vakantie, en kledingvoorschriften. Zie voor literatuurverwijzingen o.a. Van der Grinten, a.w. par. 17.3 en 28.4 en voor jurisprudentie A.M. Luttmer-Kat, *Aantekening 23 bij art. 7:678 BW*, *Arbeidsovereenkomst*, losbladige uitgave, Deventer: Kluwer. Zie ook de volgende noot.

33 Recentelijk is een aanzet tot systematisering van dit vraagstuk gedaan door Zondag en Loonstra (C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Hoofdstuk 3: *Instructiebevoegdheid werkgever*, Den Haag: Sdu 2007). Zie ook, minder systematisch, M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, par. 4.4.2.1.

34 Vgl. M.M. Koevoets, a.w., p. 5, par. 3.7.1.2 en p. 205. Behalve in de grenzen van de overeenkomst zoekt zij de grenzen van de gezagsbevoegdheid in de redelijkheid, die zij laat afhangen van de omstandigheden van het geval. Over de vraag welk 'wangedrag' (gedefinieerd als voor de werkgever onacceptabel gedrag) de werkgever mag verbieden, spreekt zij zich verder niet uit.

in zijn algemeenheid niet de rechtmatigheid van de overtreden regel zelf raken, zoals het arbeidsverleden en de persoonlijke omstandigheden van de werknemer of de onverwijldheid waarmee de sanctie is opgelegd. Dat neemt niet weg dat de vraag gerechtvaardigd is wat de grenzen zijn van de gezagsbevoegdheid.

Artikel 7:66o BW geeft aanwijzingen over die grenzen. Uit dit artikel blijkt dat de gezagsbevoegdheid is begrensd door de wet en de overeenkomst tussen partijen. Ook blijkt hier uit dat de voorschriften moeten zien op het verrichten van de arbeid of de bevordering van de goede orde in de onderneming. Het ligt voor de hand om daarnaast de uitoefening van de gezagsbevoegdheid in verband te brengen met artikel 7:611 BW. De verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, zal immers (juist) zien op het gebruik van zijn gezag. Voorts is een ontslag op staande voet wegens overtreding van een opdracht alleen rechtsgeldig voor zover die opdracht redelijk was (artikel 7:678 lid 2 sub j BW). Hier is uiteraard wel veel literatuur en jurisprudentie over.

Uit deze opsomming blijkt een aantal relevante elementen van begrenzing. Ten eerste: de grens tussen overeenkomst en gezagsuitoefening. Ten tweede: de grens gelegen in het doel van het voorschrift (een aanwijzing over de arbeid of orde in de onderneming). Ik duid deze grens aan als de rechtmatigheid van de gezagsuitoefening. Ten derde: de grens gelegen in de wijze waarop het voorschrift wordt gegeven (goed werkgeverschap en redelijkheid van de opdracht). Ik duid deze grens aan als de redelijkheid van de gezagsuitoefening.

6.1 Overeenkomst en gezagsrecht

De grens tussen de overeenkomst en het gebruik van de gezagsbevoegdheid is in theorie helder. Voor een overeenkomst is een tweezijdige rechtshandeling nodig waarbij sprake is van wilsovereenstemming. Het gebruik van het gezagsrecht veronderstelt slechts een eenzijdig voorschrift. Toch is het onderscheid in de praktijk van het arbeidsrecht soms moeilijk te maken. Zo is een stilzwijgende overeenkomst maar moeilijk te onderscheiden van een gebruikelijk voorschrift of een gunst.³⁵ Wilsovereenstemming kan anderzijds niet altijd zomaar aangenomen worden in het arbeidsrecht, ook als de werknemer wel een handtekening heeft gezet. De werknemer heeft

³⁵ Vgl. S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden*, in het bijzonder na een fusie of overname, Deventer: Kluwer 2003, par. 2.2, over de problematiek van verworven rechten.

vanwege de vaak structurele machtsongelijkheid veelal geen daadwerkelijke 'contractsvrijheid'. Dat is met name het geval na aanvang van de arbeidsrelatie, als de werknemer in financiële maar ook psychische, sociale en organisatorische zin afhankelijk is geworden van het voortduren van zijn baan, terwijl die afhankelijkheid bij de werkgever veelal ontbreekt. Vandaar dat de waarde van een 'overeenkomst' in die fase maar relatief is, ook als de werknemer wel zijn handtekening heeft gezet.

Loonstra en Zondag stellen voor om voor het onderscheid tussen gezagsuitoefening en overeenkomst aan te sluiten bij het doel van de gezagsbevoegdheid: het bevorderen van de doelmatigheid en rationaliteit van de bedrijfsvoering.³⁶ Aspecten die daaronder vallen, vallen (kennelijk) volgens dit voorstel altijd onder de gezagsbevoegdheid, aspecten die daar buiten vallen, moeten bij overeenkomst geregeld worden. Afgezien van het feit dat 'doelmatigheid en rationaliteit van de bedrijfsvoering' een moeilijk af te bakenen begrip is (zie hierna), brengt dit onderscheid echter het nadeel mee dat geen bindende afspraken gemaakt zouden kunnen worden over zaken die de bedrijfsvoering van de onderneming betreffen. Dergelijke afspraken worden nu juist wel vaak (schriftelijk) gemaakt, en zijn volgens de rechtspraak in beginsel ook bindend. Voorbeelden zijn afspraken over te verrichten taken en arbeidstijden.³⁷ Deze afspraken zijn vaak mede in het belang van werknemers. Niet valt in te zien waarom hen de voordelen van afspraken hierover bij voorbaat onthouden moeten worden.³⁸

Ik voel er vooralsnog meer voor om voor het onderscheid tussen overeenkomst of gezagsuitoefening te blijven aanknopen bij het onderscheid tussen wilsovereenstemming en eenzijdige instructie. De vraag of aannemelijk is dat de werknemer zich daadwerkelijk in vrijheid heeft gebonden aan een beding op voorstel van de werkgever, zal zo mogelijk moeten worden beoordeeld naar de omstandigheden: zijn er aanwijzingen dat hij vrij was het beding niet te ondertekenen? Wat gebeurde er met werknemers die weigerden? Als dergelijke aanwijzingen er niet zijn, kan de vraag naar het bestaan van wilsovereenstemming beantwoord worden door te beoordelen of de werknemer een redelijk belang had of kon hebben bij het ondertekenen

36 Loonstra en Zondag, a.w. p. 132. Hun invalshoek is de vraag wat als een 'arbeidsvoorwaarde' valt aan te merken, en wat als gezagsuitoefening.

37 Zie voor arbeidstijden dezelfde auteurs, p. 127 en mijn artikel: *The times are a-changing*, *Wijziging van arbeidstijden en het belang van de werknemer*, SMA 2006/2, p. 41-57.

38 Loonstra en Zondag noemen als nadeel van de opvatting dat 'arbeidsvoorwaarden' betekent 'alle tussen partijen overeengekomen voorwaarden', dat de werkgever dan de afspraken zeer beperkt kan houden, zodat hij over al het andere onbeperkt voorschriften mag geven (p. 131). Het tweede volgt mijns inziens niet uit het eerste. De gezagsbevoegdheid kan ook nog op een andere manier afgebakend worden (zie hierna).

van het beding, of dat dit belang alleen bij de werkgever lag.³⁹ De bewijslast voor de aan- of afwezigheid van dergelijke omstandigheden of belangen ligt in beginsel bij de partij die zich beroept op het bestaan van een overeenkomst respectievelijk gezagsuitoefening (conform artikel 150 Rv). In het geval de werknemer bewijst dat het belang alleen bij de werkgever ligt, is de ondertekening door de werknemer aan te merken als niet meer dan een bewijs van voldoende kennisgeving van een voorschrift. Dat voorschrift kan vervolgens getoetst worden aan rechtmatigheid en redelijkheid.

6.2 Rechtmatigheid van gezagsuitoefening

De werknemer kan niet verondersteld worden zich bij voorbaat te hebben verplicht om te gehoorzamen aan welk voorschrift dan ook. Voorschriften moeten een bepaald doel hebben, daarbuiten zijn ze onrechtmatig. Hoe wordt dat doel afgebakend?

Een aanknopingspunt voor deze grens is ten eerste de 'grammaticale' begrenzing van artikel 7:660 BW. De gezagsbevoegdheid moet volgens de letter van dat artikel zoals vermeld zien op de arbeidsverrichting of de orde in de onderneming. In de parlementaire geschiedenis is nauwelijks iets opgemerkt over deze begrippen.⁴⁰ Het kan zijn dat men de begrippen duidelijk genoeg vond. In grensgevallen kan echter onzekerheid ontstaan over de betekenis van die woorden. Staan aanwijzingen inzake de gezondheid van de werknemer bijvoorbeeld in voldoende verband met de arbeidsverrichting? In ieder geval wel als het gaat om veiligheid op de werkplek. Maar geldt dat ook als die aanwijzingen niet (alleen) op de werkplek of tijdens werktijd moeten worden uitgevoerd, maar ook thuis of in het weekend? Voor de afbakening zijn meer aanknopingspunten nodig dan alleen de grammaticale.

39 Vgl. het leerstuk misbruik van omstandigheden. Van vernietigbaarheid van de overeenkomst wegens misbruik van economische machtspositie kan sprake zijn als de belangen van de contractspartijen ernstig uit evenwicht zijn. Vgl. Y. Konijn, Cumulatie of exclusiviteit? Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, par. 4.3; M.M. van Rossum & F. Schabos, Misbruik van omstandigheden: Enige notities naar aanleiding van HR 9 jan. 2004, WPNR (2004) 6597, p. 881-887. Aan het toepassen van dit leerstuk komen we niet toe als we het ondertekende beding niet als overeenkomst kwalificeren maar als voorschrift (met handtekening van de werknemer als blijk van voldoende kennisgeving).

40 Bles I, p. 401-402, artikel 1639b OBW. Ook bij de uitvoerige beraadslaging over de regeling van het reglement (artikel 1637j en k OBW, Bles I, p. 398-467) kwam niet aan de orde welke onderwerpen daarin geregeld mochten worden. De discussie ging over de wijze van kennisgeving en de totstandkoming van het reglement. Wel worden er voorbeelden gegeven van zaken die in het reglement geregeld kunnen worden: loon, werktijden, pauze, veiligheid.

In zijn arbeidsovereenkomst heeft de werknemer zich doorgaans verplicht arbeid te verrichten op een bepaalde locatie gedurende een zekere tijd. De gezagsbevoegdheid dient ter nadere invulling van die overeenkomst en kan daarom, gelijk de overeenkomst, geacht worden begrensd te zijn naar locatie en tijd. In de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie over de Belgische variant van artikel 7:660 BW is deze begrenzing met zoveel woorden aanvaard.⁴¹

Ook de ruimtelijke en temporele grenzen bieden niet altijd voldoende helderheid. Werkplek en werktijd zijn in de huidige gedigitaliseerde diensteneconomie veel minder goed feitelijk te bepalen dan in een industriële economie. Vroeger werd het werk verricht binnen de fabriekspoorten vanaf de eerste bel tot de laatste. In de huidige tijd werken steeds meer mensen af en toe thuis en houden zij zich ook in hun vrije tijd beschikbaar voor werk. Anderzijds is de gehoorzaamheidsplicht van de werknemer tijdens werktijd en op de werkplek niet absoluut. De werknemer is immers geen slaaf of horige, maar een contractspartij. Hij draagt de zeggenschap over zijn arbeid over, maar geeft daarmee bijvoorbeeld niet zijn recht op lichamelijke integriteit of persoonlijke waardigheid op.⁴² Tegelijkertijd dient hij rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de werkgever. Die verplichting kan zich ook uitstrekken buiten de werkplek en de werktijd.⁴³ Een derde aanknopingspunt voor de grenzen van de gezagsbevoegdheid is gelet hierop een tamelijk vage, namelijk de grens tussen de bedrijfssfeer en de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. Deze grens is vaag, want op de werkplek houdt de werknemer een zekere persoonlijke levenssfeer, en daarbuiten houdt het bedrijf mogelijk een zekere aanwezigheid in het persoonlijke leven van de werknemer. Ondanks deze feitelijke verwevenheid kan een *conceptueel* onderscheid tussen de twee sferen gemaakt worden.

41 P. Humblet, De gezagsuitoefening door de werkgever, Deurne: Kluwer Rechtswetenschappen België 1994, p. 77 en 234-235. Zie voor Nederland Loonstra en Zondag, a.w., p. 133.

42 Vgl. het arrest Wennekes Lederwaren (zie noot 26): de persoonlijke levenssfeer van de werknemer wordt niet alleen beschermd door de werking van artikel 8 EVRM, maar (kenmerkend) ook door civielrechtelijke beginselen. Concrete voorbeelden in wetgeving zijn ontslagbescherming bij weigering van zondagsarbeid (zie artikel 7:670 lid 9 BW), recht op werkonderbreking bij ernstig gevaar (zie artikel 29 Arbowet) en bescherming tegen seksuele intimidatie (artikel 1 lid 3 sub e jo. artikel 3 lid 2 Arbowet).

43 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp). Te betogen valt dat deze verplichting buiten de gehoorzaamheidsplicht van de werknemer valt en tot de contractuele verplichtingen behoort. Een concreet voorbeeld is de verplichting om overwerk te verrichten zonder een daartoe strekkende overeenkomst. In HvJ Ned. Antillen 19 september 1978, NJ 1980, 172 wordt deze verplichting gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid. Voorts valt te denken aan geheimhoudingsverplichtingen (zie artikel 7:678 lid 2 sub i BW, zie ook Loonstra en Zondag, a.w., p. 134), verbod van onrechtmatige concurrentie en verbod van nevenarbeid.

Deze sferen zijn imaginair en bieden dus alleen een zeker 'associatief' aanknopingspunt.

In de Franse doctrine en jurisprudentie wordt inderdaad een onderscheid gemaakt tussen het 'vie professionnelle' van de werknemer en zijn 'vie personnelle'.⁴⁴ De gezagsbevoegdheid is beperkt tot zijn 'vie professionnelle'. De persoonlijke levenssfeer moet volgens de Franse doctrine overigens niet verward worden met de privésfeer. Het 'vie personnelle' is het leven dat de werknemer leidt buiten het bedrijf. Dat leven kan zich ook afspelen in het openbaar. Dat geldt niet voor zijn 'vie privée'. De connotatie van die uitdrukking is dat van een intieme, aan de openbaarheid onttrokken sfeer die een bijzondere bescherming rechtvaardigt.

Deze drie aanknopingspunten kunnen gezamenlijk gebruikt worden in een beoordeling of een zeker voorschrift rechtmatig gegeven is. Beoordeeld kan worden of het voorschrift op het eerste gezicht valt onder de organisatie van de onderneming, of het valt binnen werkplek en werktijd, en of het valt binnen de bedrijfssfeer. Zo ja, dan valt het voorschrift binnen de gezagsbevoegdheid van de werkgever.

Als er onvoldoende feitelijke aanwijzingen zijn om dat te beslissen, zal deze toets uiteindelijk neerkomen op een belangenafweging. Mijns inziens zijn bij deze afweging niet alle belangen bij voorbaat van hetzelfde 'soortelijk gewicht'. De belangenafweging moet worden gestructureerd met behulp van de aanknopingspunten. Die structuur kan nog het beste worden uitgedrukt in termen van bewijslastverdeling. Als het voorschrift bijvoorbeeld op het eerste gezicht nagenoeg volledig valt binnen de bedrijfsorganisatie, werkplek en werktijd, dan zal de werknemer moeten bewijzen dat het voorschrift te zeer zijn persoonlijke levenssfeer raakt om nog rechtmatig gegeven te kunnen worden. De werkgever hoeft dan zijn belang bij het gegeven voorschrift in beginsel niet aan te tonen.⁴⁵ Als het voorschrift echter op het eerste gezicht weinig met arbeid en orde op de werkplek en binnen werktijd te maken heeft, dan zal de werkgever een (zware) bewijslast hebben om aan te tonen dat zijn bedrijfsbelang toch de gedragsregulering rechtvaardigt. De

44 A. Lepage, *La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail*, *Droit Social* 2006/4, p. 364-377; C. Mathieu-Geniaut, *L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question*, *Droit Social* 2006/9/10, p. 848-856.

45 Vgl. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 679 en HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667 (m.nt. Stein): de vraag of de werkgever zich als een goed werkgever heeft gedragen, is in volle omvang aan het oordeel van de rechter onderworpen, maar daarbij moet wel rekening worden gehouden met zijn beleidsvrijheid. Zie voorts HR 24 juni 1966, NJ 1966, 457: het persoonlijke belang van de werknemer bij weigering van een opdracht kan worden meegewogen, mits door hem aangevoerd, maar de redelijkheid van dat belang maakt de opdracht nog niet onredelijk.

werknemer hoeft dan in eerste instantie niet te bewijzen dat hij een belang heeft om gevrijwaard te blijven van die gedragsregulering.⁴⁶ Bij twijfel kan de regel 'wie stelt, moet bewijzen' (artikel 150 Rv) de doorslag geven. De bewijslast zal dan meestal voor de werkgever zijn, aangezien het doorgaans de werkgever is die zich beroept op de rechtmatigheid van een voorschrift.⁴⁷ Pas als vaststaat dat hij een zwaarwegend belang heeft, kan het concrete belang van de werknemer in de beoordeling worden betrokken.⁴⁸

Ik merk op dat de hier geschetste civielrechtelijke belangenafweging afwijkt van de belangenafweging op grond van artikel 8 EVRM. Volgens die laatste afweging moet de werknemer bewijzen dat er inbreuk gemaakt wordt op zijn privésfeer, terwijl de werkgever mag bewijzen dat hij daarbij een gerechtvaardigd belang heeft. In vergelijking met de civielrechtelijke belangenafweging heeft de *werknemer* hierin in sommige gevallen een zwaardere bewijslast. De bescherming van zijn privésfeer conform artikel 8 EVRM bestrijkt namelijk een kleiner terrein dan de hiervoor geschetste 'vie personelle'. Het EHRM laat sommige persoonlijke belangen zwaarder wegen dan andere: gezinsleven, gezondheid en lichamelijke integriteit wegen zwaar, recreatie veel minder.⁴⁹ Volgens deze 'kernrechtgedachte' zullen sommige zaken in de periferie van de privésfeer vallen, zodat de grondrechtelijke bescherming zwak is, terwijl ze civielrechtelijk gezien wel duidelijk in de persoonlijke levenssfeer vallen, zodat de civielrechtelijke bescherming sterker is.⁵⁰

Mag de werkgever bij zijn pleidooi voor de rechtmatigheid van een voorschrift de belangen van de werknemer zelf of de maatschappelijke belangen

46 Uit de lagere jurisprudentie blijkt dat (wan)gedrag buiten werktijd en werkplaats niet snel een dringende reden oplevert. Vgl. het overzicht in Verhulp, a.w., p. 142-152 en Sagel en Verhulp, a.w., p. 90-91.

47 Althans op het feit dat overtreding ervan een dringende reden oplevert. Zie C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 255 en W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 243-244 over de bewijslastverdeling bij de dringende reden.

48 Zie voor een soortgelijke bewijslastverdeling inzake wijziging van arbeidstijden mijn artikel: *Over productie en reproductie. De spanning tussen bedrijfsbelang en privé-belang in het licht van het recht op privacy*, SR 2007/10, p. 327-333.

49 Zie voor een overzicht Heringa, a.w. Zie voor medische privacy o.a.: EHRM 25 februari 1997, NJ 1999, 516 (Z. vs. Finland); EHRM 27 augustus 1997, NJ 1999, 464 (M.S vs. Zweden). Zie voor medische zelfbeschikking EHRM 20 maart 2007, NJCM-Bulletin 2007, p. 497 (Tysiac. vs. Polen). Zie voor recreatie: EHRM 24 februari 1998, NJ 1999, 691 (Botta vs. Italië).

50 Vandaar dat ook wangedrag op die grond beschermd kan zijn. Zo kon de autovorkoper die buiten werktijd dronken in een bedrijfsauto rondreed, bijv. niet terecht op staande voet worden ontslagen (Rb. Breda 24 september 1985, Prg. 1985, 2383). In de Franse jurisprudentie (zie noot 43) gaat het ook veelal om strafrechtelijk vervolgbare gedragingen buiten de werksfeer.

betrekken? Deze vraag kan met name rijzen in het geval als dat van Dirksz, waarin het gelaakte gedrag niet alleen voor de werkgever lastig kan zijn, maar ook voor de werknemer zelf of voor de maatschappij in het algemeen.

In het civiele recht berust het nemen van verantwoordelijkheid voor de problemen van de wederpartij, voor diens eigen bestwil of ten behoeve van de maatschappij, in het algemeen op vrijwilligheid van degene die verantwoordelijkheid neemt én van degene die het probleem heeft. Weliswaar bepaalt artikel 3:12 BW dat bij de invulling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, ook de bij het geval betrokken persoonlijke en algemene belangen een rol kunnen spelen. Maar als een contractspartij probeert de wederpartij te verplichten rekening te houden met haar persoonlijke belangen, krijgt zij te maken met een (zeer) terughoudende toepassing van de mogelijkheid het contract te (laten) wijzigen.⁵¹ Mede gelet op deze terughoudendheid bij aanpassing van de overeenkomst aan de persoonlijke omstandigheden van een partij op eigen verzoek, lijkt het mij voor de hand te liggen om nog terughoudender te zijn bij het aanpassen van de verplichtingen van een partij aan haar persoonlijke omstandigheden *tegen diens zin* (maar voor haar eigen bestwil of ten behoeve van de maatschappij).

Is dat nu anders voor het arbeidsrecht? De vrijheid van de werkgever om de *overeenkomst* aan te passen is zoals bekend sinds eind vorige eeuw veel groter dan bij gewone verbintenissen.⁵² Voorwaarde voor een eenzijdige wijziging van de overeenkomst is echter dat de werkgever daarbij zelf een redelijk belang heeft. Het voorstel tot wijziging van de overeenkomst moet namelijk volgens de uitspraak van de Hoge Raad ingegeven zijn door veranderde omstandigheden op het werk.⁵³ Mag de werkgever nu wel gebruikmaken van zijn *gezagsbevoegdheid* om een probleem van zijn werknemer tegen diens zin op te lossen?

De beantwoording van deze vraag is vermoedelijk in de loop van de vorige eeuw gewijzigd. Gedroeg de werkgever zich in de negentiende en begin twintigste eeuw nog wel als een patriarch die het als zijn taak zag om als een 'goed huisvader' het 'ethisch peil' van zijn werknemers in de gaten te houden en hen te disciplineren als waren het zijn kinderen, in de loop van

51 Artikel 6:248 en 258 BW, zie Hammerstein, a.w.. Zie ook artikel 6:258 lid 2 BW: wijziging is niet mogelijk, als de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich er op beroept.

52 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767 (Van der Lely/Taxi Hofman). Vgl. W.L. Roozendaal & A.T.J.M. Jacobs, De spanning van de contractsband in de arbeidsovereenkomst, SMA 2007/12, p. 423-430.

53 Een nog zwaarder criterium geldt ingeval een wijzigingsbeding is overeengekomen. Dan dient de werkgever een zwaarwichtig belang te hebben (artikel 7:613 BW).

de twintigste eeuw zijn deze verhoudingen gerationaliseerd.⁵⁴ Dat proces kan worden aangeduid als de 'emancipatie' van de arbeider. Juridisch zien we dit in ieder geval terug in de steeds sterkere werking van grondrechten in de onderneming. Hetzelfde kan mijns inziens gezegd worden van de civielrechtelijke grenzen aan de gezagsuitoefening door de werkgever.⁵⁵ Die grenzen worden thans, kort samengevat, bepaald door het redelijke eigen belang van de werkgever. Daarbij is geen ruimte meer voor een beroep op de 'eigen bestwil' van de werknemer of de maatschappelijke belangen bij disciplineren.

6.3 Redelijkheid van de gezagsuitoefening

Ten derde vindt de uitoefening van de gezagsbevoegdheid haar grenzen in de redelijkheid, ofwel de grenzen die een goed werkgever in acht moet nemen. In tegenstelling tot de rechtmatigheid van de gezagsuitoefening wordt over de redelijkheid van de gezagsuitoefening wel veel geprocedeerd en gepubliceerd. Ik zal op de eisen van het goed werkgeverschap dan ook niet uitvoerig ingaan.

De eisen van het goed werkgeverschap zijn samen te vatten als procedurele eisen. De bekende studie van Heerma van Voss laat zien dat een goed werkgever zich moet houden aan beginselen die lijken op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ontwikkeld in het bestuurs(proces)recht.⁵⁶ Rechtmatigheid van een voorschrift is dus niet voldoende. De werkgever moet er in de omstandigheden van het geval ook blijk van hebben gegeven dat hij de werknemer bij de implementatie en handhaving van het voorschrift zorgvuldig heeft behandeld. Dat maakt de gezagsuitoefening redelijk.

Zoals al eerder is aangehaald, leert de Hoge Raad dat het gebruik van de gezagsbevoegdheid onderhevig is aan volledige toetsing door de rechter.⁵⁷ De Hoge Raad maakt het hiervoor geschetste onderscheid tussen de toetsing van de rechtmatigheid en de redelijkheid van de gezagsuitoefening

54 Vgl. T. Beckers, *Planning voor vrijheid, een historisch-sociologische studie van de overheidsinterventie in recreatie en vrije tijd*, diss. Landbouwhogeschool Wageningen, 1983; A. Prost, *Grenzen en ruimte van het persoonlijke – De Arbeid*, in: Ph. Aries en G. Duby (red.), *Geschiedenis van het persoonlijk leven. Van de Eerste Wereldoorlog tot onze tijd*, Amsterdam: Agon, 1992, p. 38-49.

55 Verhulp, a.w., p. 34 e.v. spreekt in dit verband van de 'verheffing' van de werknemer.

56 G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Kluwer Deventer 1999. Voorbeelden: het motiveringsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel.

57 Zie noot 44.

echter niet. Dat draagt er wellicht aan bij dat rechters de toets (naar mijn oordeel) soms onvolledig uitvoeren. Er is een zekere tendens in de jurisprudentie om de rechtmatigheid van een door een werkgever gegeven voorschrift te veronderstellen, zodra het voor het collectief van werknemers op schrift is gesteld. Getoetst wordt vervolgens slechts de redelijkheid van de implementatie en handhaving ervan. Met andere woorden, als er beleid is, wordt bijvoorbeeld alleen nog maar gekeken of dat beleid wel gevolgd is, maar niet of het beleid zelf door de beugel kon.⁵⁸ Het onderhavige arrest lijkt deze tendens te bevestigen.

7 Rechtmatigheid en redelijkheid van de gezagsuitoefening in Hyatt/Dirksz

Hoe valt de hiervoor geschetste civielrechtelijke toets van de gezagsuitoefening nu uit in het onderhavige arrest?

Ten eerste de grens tussen overeenkomst en gezagsuitoefening. Dit speelde geen grote rol in het arrest, hoewel de feiten hier wel aanleiding toe hadden kunnen geven. Dirksz had immers haar handtekening gezet onder een verklaring inzake het drugsbeleid van haar werkgever. Het Hof heeft aan dit aspect slechts belang gehecht omdat daarmee vaststond dat Dirksz het beleid kende. Dit is in overeenstemming met de hiervoor beschreven grens tussen overeenkomst en gezagsuitoefening. Het beleid is de werkneemster immers voorgelegd nadat haar dienstverband al ruim tien jaar had geduurd. Er zijn geen aanwijzingen dat ze ondertekening van het beleid in vrijheid kon weigeren, noch dat ze enig redelijk belang bij ondertekening had, anders dan het behoud van haar baan. Het getekende document lijkt dus ondanks de ondertekening meer op een voorschrift dan op een overeenkomst.

Ten tweede de rechtmatigheidsgrens gelegen in het doel van het voorschrift. Dit wordt in het arrest niet expliciet getoetst. Als we dat wel doen, levert dat mijns inziens op dat op de werkgever een zware bewijslast rustte dat het cocaïnegebruik in de privétijd zijn bedrijfsbelang kon schaden, niet alleen hypothetisch, maar in het concrete geval. Hij kan dat bijvoorbeeld

⁵⁸ Ktg. Amsterdam 19 april 2002, JAR 2002/107; Ktg. Tilburg 12 juni 2003, JAR 2003/176; Ktg. Zwolle 2 februari 2004, JAR 2004/41; Ktg. Haarlem 15 april 2004, JAR 2004/125; Vzr. Rb. Maas-tricht 6 april 2005, JAR 2005/108. Het ontbreken van beleid wordt de werkgever overigens nog veel vaker nagedragen. Vgl. Pr. Rb. Assen 9 maart 1999, JAR 1999/114; Rb. Rotterdam 30 september 1999, JAR 1999/230; Ktg. Utrecht 13 juli 2000, JAR 2000/199; Ktg. Apeldoorn 6 september 2000, JAR 2000/212; Ktg. Den Haag 3 oktober 2002, JAR 2002/269; Ktg. Terneuzen 7 januari 2004, JAR 2004/38; Ktg. Rotterdam 7 juni 2004, JAR 2004/156; Ktg. Groningen 24 juli 2007, JAR 2007/186. Met dank aan L. Verburg voor deze suggestie en verwijzingen.

doen door aan te tonen dat het drugsgebruik in de vrije tijd is geschied op een zodanig tijdstip dat de prestaties van de werknemer tijdens werktijd er door worden beïnvloed. De werkgever heeft daarnaast ter rechtvaardiging aangevoerd dat zijn imago door het drugsgebruik aangetast kan worden. Die stelling zou door hem bewezen moeten worden, bijvoorbeeld door aannemelijk te maken dat het drugsgebruik bekend kan worden bij gasten van het hotel. De werkneemster daarentegen hoeft haar belang om gevrijwaard te blijven van gedragsregulering in haar vrije tijd, in beginsel niet te bewijzen.

De toets die de Hoge Raad aanlegt voor de gezagsuitoefening laat echter het omgekeerde zien. De werkgever krijgt juist een bijzonder lichte bewijslast. Met instemming citeert de Hoge Raad het Hof, dat volgens hem van belang mocht achten 'het bekende feit dat ook in de vrije tijd gebruikte drugs van invloed kunnen zijn op het werk en de omstandigheid dat de concrete invloed van drugs vaak moeilijk te bewijzen zal zijn, hetgeen naar het oordeel van het hof rechtvaardigt dat in het door werkgever gevoerde beleid geen onderscheid wordt gemaakt tussen drugsgebruik in de vrije tijd en onder werktijd' (r.o. 3.4.4). Deze bewijslastverdeling, kennelijk ingegeven door de veronderstelde bewijsnood van de werkgever,⁵⁹ komt neer op een rechtsvermoeden dat werknemers met drugssporen in hun urine het bedrijfsbelang aantasten. Overtuigend is de bewijsnood van de werkgever mijns inziens niet. Wie kan nu beter bewijzen dan de werkgever dat prestaties van een werknemer onder de maat zijn? Dat hij dat niet kan in het geval van (incidenteel) cocaïnegebruik, ligt vooral aan het feit dat cocaïne nu eenmaal bijna geen gedragseffecten meer geeft na een half uur.⁶⁰ Voorts wordt in het geheel geen bewijs gevraagd voor de stelling van de werkgever dat zijn imago aangetast kan worden door drugsgebruik van werknemers in hun vrije tijd. Zonder bewezen invloed op de arbeidsprestatie lijkt die imagoschade echter zeer onaannemelijk. De Hoge Raad wijkt hier derhalve ten gunste van de werkgever af van de regel dat de bewijslast ligt bij de par-

59 Bewijsnood kan een reden zijn om tot een alternatieve bewijslastverdeling te komen, maar is dat zelden zelfstandig. Meestal wordt dit gekoppeld aan een poging de materiële rechtsregel meer tot zijn recht te laten komen, hetgeen in het arbeidsrecht doorgaans ten gunste van de werknemer uitvalt. Zie C. Bosse, a.w. p. 42-43; W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 84-85.

60 Zie noot 2. Tegengeworpen kan worden dat niet van de werkgever verwacht kan worden dat hij afwacht tot de schadelijke effecten van het gebruik zich ook daadwerkelijk hebben gemanifesteerd. Bij alcohol (in het verkeer) heeft men dit bewijsprobleem opgelost door drempelwaarden te hanteren. Wellicht is dat ook mogelijk bij cocaïne. De door verzoekster in cassatie geciteerde (internationale) beleidsstukken van Hyatt refereren ook aan drempelwaarden, maar deze werden kennelijk door Hyatt Aruba niet gebruikt.

tij die stelt (artikel 150 Rv), c.q. bij de partij die zich beroept op een dringende reden.

Door deze lichte bewijslast voor de werkgever lijkt de Hoge Raad een stapje terug te doen op de emancipatieladder. De gedachte achter de lage eisen aan het bewijs zou immers goed een paternalistische kunnen zijn, namelijk dat cocaïnegebruik sowieso bestreden moet worden, in het belang van de maatschappij en de werknemer zelf. Maar die gedachte blijft onuitgesproken. Formeel knoopt de Hoge Raad immers aan bij het eigen belang van de werkgever.

Niet alleen heeft de werkgever een bewijslast die lichter is dan gebruikelijk. Door expliciet aan artikel 8 EVRM te toetsen geeft de Hoge Raad de werknemster bovendien een zwaardere bewijslast dan in de civielrechtelijke toets. De Hoge Raad weegt het belang om cocaïne te snuiven af tegen het belang bij een drugsvrije werkplek en imago. Allicht weegt het belang om cocaïne te snuiven daarbij niet erg zwaar. Dat belang kan immers bezwaarlijk gerekend worden tot de kern van het recht op privacy. Een wisselwerking tussen de toets aan het civielrecht en het grondrecht had echter opgeleverd dat niet het belang van de werknemster om cocaïne te snuiven in het geding was, maar het belang van de werknemster om gevrijwaard te blijven van gedragsregulering in haar vrije tijd. Dat belang hoefde zij niet te bewijzen.

De derde toets aan de procedureregels van het goed werkgeverschap wordt wel uitgevoerd. Getoetst wordt immers of het beleid voldoende bekend was bij de werknemster. Voorts wordt overwogen of de werkgever gehouden was een minder strenge sanctie toe te passen, bijvoorbeeld een waarschuwing, en of de persoonlijke omstandigheden van de werknemster voldoende in aanmerking zijn genomen bij de belangenafweging. De conclusie van deze laatste toets valt, mede in het licht van de reeds op grond van artikel 8 EVRM gemaakte belangenafweging, negatief uit voor de werknemster. Ook hier had deze conclusie mijns inziens meer in het voordeel van de werknemster kunnen uitvallen, als naast de toets aan artikel 8 EVRM aangeknoopt was bij de omschreven civielrechtelijke toets. De toets inzake de alternatieve sanctie voor de werknemster, de opname in een rehabilitatiecentrum, wordt overigens ook in het licht van artikel 8 EVRM erg lichtvaardig uitgevoerd, waarover hierna meer.

Welke algemene regel valt hier nu uit te destilleren? Moeten we nu aannemen dat de werkgever volgens de Hoge Raad inderdaad de bevoegdheid heeft gedrag van de werknemer in zijn vrije tijd te reguleren en hem te disci-

plineren zodra dit gedrag de belangen van de werkgever in bepaalde gevallen zou kunnen schaden? Is het afdoende kenbaar maken van beleid de enige voorwaarde voor het kunnen uitvoeren ervan, ook al strekt dat beleid zich uit tot buiten de werksfeer? Een dergelijke vergaande bevoegdheid is bijna niet voorstelbaar. Vooral omdat de bewijslast van de werkgever zo terloops wordt verlicht, lijkt het niet aannemelijk dat de Hoge Raad op een zo verstrekende wijze van de vaste jurisprudentie over de bewijslast voor de dringende reden heeft willen afwijken. Het gebrek aan respect voor de civielrechtelijke scheiding tussen werksfeer en persoonlijke levenssfeer is bovendien niet te rijmen met het feit dat de Hoge Raad, door de directe toetsing aan artikel 8 EVRM, nu juist het algemene beginsel onderschrijft dat het grondrecht op privacy ook werking heeft tussen burgers onderling. Het lijkt mij daarom aannemelijk dat de uitkomst van de belangenafweging van de Hoge Raad vooral is ingegeven door het feit dat het hier om (illegaal) drugsgebruik ging. In de concrete werking van de bewuste drugs heeft de Hoge Raad zich waarschijnlijk niet verdiept. Drugsgebruik mag kennelijk met harde hand bestreden worden, is het niet door de overheid, dan maar door de werkgever. Dat geldt dan in ieder geval voor Aruba. In de volgende paragraaf kom ik op de vraag of dat ook voor Nederland geldt.

8 Alcohol- en drugsbeleid van de werkgever

Tot nu toe is gesproken over de grenzen van de gezagsbevoegdheid in het algemeen. De vraag is thans wat het arrest toevoegt aan de bevoegdheden van de werkgever in het geval van alcohol- en drugsgebruik, en dan met name voor het Nederlandse recht.

Anders dan in de Amerikaanse jurisdictie is het testen van werknemers op alcohol en drugs in Nederland (en in de rest van Europa) vrij ongebruikelijk.⁶¹ Het heeft voor zover mij bekend in Nederland in ieder geval nog niet eerder tot gepubliceerde rechtspraak geleid. Er is in Nederland, net als in de meeste andere Europese landen, bovendien weinig of geen specifieke wetgeving van toepassing inzake de regulering van alcohol- en drugsgebruik op de werkvloer.⁶² Dat geldt kennelijk eveneens voor Aruba. We moeten de aanknopingspunten hiervoor dus via een wat ruimere blik vinden.

61 A.G. Verstraete & A. Pierce, *Workplace drug testing in Europe*, *Forensic Science International* 121, 2001, p. 2-6; F. Smits, *De toelaatbaarheid van drugs- en alcoholtesten in de werksfeer: een Europese aangelegenheid?*, *P&I* 2006/134, p. 115-120.

62 In 2002 heeft de Europese Commissie een nieuwe richtlijn aangekondigd inzake de toelaatbaarheid van d&a testen, ter verbijzondering van Richtlijn 95/46 EG (privacyrichtlijn). Zie F. Smits, a.w., p. 115.

De A-G heeft die aanknopingspunten (voor Aruba) gezocht in Nederlandse literatuur⁶³ en voorts niet-bindende documenten van de EU en de ILO.⁶⁴ Voorts verwijst hij naar de toepasselijkheid van de WMK en de WBP voor Nederland. Hij legt echter geen rechtstreeks verband tussen deze aanknopingspunten en de toetsing van het alcohol- en drugsbeleid van Hyatt. Ik wil mij hierna beperken tot de aanknopingspunten in het Nederlandse recht.

Een onderscheid kan worden gemaakt tussen verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de werkgever. Een blik op de Nederlandse wetgeving leert dat eventuele wettelijke verantwoordelijkheid van de werkgever in dit kader vooral gezocht kan worden in de wet- en regelgeving inzake zieke werknemers. Bevoegdheden kunnen hier ook gevonden worden. Anderzijds worden bevoegdheden genormeerd in wetten die controle, keuringen en gegevensverwerking in het algemeen begrenzen. Hiervoor zijn in dat kader al genoemd de WOR, de WMK en de WBP.

De vraag of een verslaafde werknemer ziek is, zodat hem in beginsel re-integratierechten en ontslagbescherming ten deel vallen, wordt in de (lagere) jurisprudentie niet eenduidig beantwoord.⁶⁵ Als grote lijn valt daaruit wel op te maken dat drugs- of alcoholgebruik alleen tot het succesvol invoeren van re-integratierechten en ontslagbescherming kan leiden, als de werknemer door een hardnekkige verslaving daadwerkelijk problemen met zijn gezondheid heeft die hem belemmeren in zijn werk. De Hoge Raad heeft over deze materie desgevraagd geen principiële uitspraak willen doen. De vraag of een verslaafde werknemer op staande voet kan worden ontslagen wegens werkverzuim, hangt niet af van de vraag of de verslaving als een ziekte valt aan te merken (zodat het verzuim dus in beginsel niet-verwijtbaar is), maar van de omstandigheden van het geval.⁶⁶ Ik wil dit onderwerp op deze plaats niet uitdiepen, omdat het te ver verwijderd is van het geval van Dirksz, die alleen maar betraapt was op incidenteel gebruik van cocaïne.

63 O.a. F. Smits, a.w.; J.H.J. Terstegge, Privacybescherming van werknemers, actie door 'Europa?', P&I 2002/1, p. 31-34 en J.H.J. Terstegge, Het testen van werknemers op alcohol en drugs, Sociaal Recht 1993, p. 160-166.

64 Voor de EU betrof het stukken inzake de aangekondigde richtlijn. Voor de ILO betrof het Codes of Practice, 'Management of alcohol- and drug-related issues in the workplace' (1996).

65 Zie H. Uhlenbroek, Werknemers en alcoholgebruik, een actualisering, ArbeidsRecht 2005/6/7, p. 33-38.

66 HR 29 september 2000, NJ 2001/560 (Van D./Nutricia) m.nt. PAS; HR 8 oktober 2004, NJ 2007, 480 (Vixia/Gerritsen) m.nt. G. Heerma van Voss. Vgl. W.L. Roozendaal, Ontbinding wegens alcoholmisbruik, Rechtshulp, 2004/2, p. 18-25.

Wel wil ik nader ingaan op de wet- en regelgeving waarin controle en opsporing worden genormeerd. Controlebeleid is onderhevig aan de instemming van de OR (artikel 27 lid 1 sub k en l WOR). Instemming van de OR met controle op alcohol en drugs in de onderneming bindt de individuele werknemer niet. Het is echter wel een indicatie dat het belang van de werkgever bij het controlebeleid redelijk is.⁶⁷

Testen op gebruik van genotsmiddelen voorafgaand aan het sluiten van een arbeidsovereenkomst valt onder de verboden medische keuringen in de zin van de WMK. De test is alleen toegestaan als aan de vervulling van de functie bijzondere eisen op het punt van de medische geschiktheid moeten worden gesteld (artikel 4 lid 1 WMK). De WMK is niet van toepassing op medische keuringen na aanvang van de arbeidsovereenkomst.

Wel van toepassing in die fase is de WBP. De WBP normeert zoals bekend de verwerking van persoonsgegevens. Dat begrip is vrij ruim, zodat ook het controleren van werknemers op drugs- en alcoholgebruik er onder valt (mits de gegevens worden opgenomen in een bestand, zie artikel 2 jo. artikel 1 sub b en c WBP). Gegevens ontleend aan het lichaam van de werknemer vallen onder het begrip medische gegevens.⁶⁸ Artikel 21 WBP verbiedt de verwerking van dergelijke gegevens. Artikel 23 WBP biedt een aantal uitzonderingen op dit verbod, waarvan relevant is de instemming van de werknemer en het feit dat de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de vaststelling, uitoefening of verdediging van een recht in rechte (artikel 23 lid 1 sub a en c WBP). Dat impliceert mijns inziens dat de opsporing van dergelijke gegevens zonder instemming van de werknemer alleen mogelijk is, als er al een verdenking is van overtreding van de regels. Het valt derhalve te betogen dat zonder verdenking testen op alcohol en drugs door de werkgever in Nederland verboden is, tenzij de werknemer hiervoor toestemming heeft gegeven.⁶⁹ Zelfs als er een verdenking is, kan het testen nog verboden zijn op grond van artikel 8 lid 1 sub f WBP: de test kan in strijd zijn met het recht op privacy van de werknemer. De test zelf of de wijze waarop deze wordt uitgevoerd kan te zeer inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer of de lichamelijke integriteit van de werknemer. Om uit te maken of dat het geval is, moeten de belangen van de werkgever worden afgewogen tegen de belangen van de werknemer. Opgemerkt zij dat dit een iets andere belangenafweging is dan de in de vorige paragraaf beschreven afweging. Het gaat hier immers om het belang van de werkgever en de werknemer bij

67 HR 14 juni 2002, NJ 2003, 324 (Bulut/Troost) m.nt. G. Heerma van Voss.

68 Zie Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 109: het gaat om alle gegevens die de geestelijke of lichamelijke gezondheid van een persoon betreffen.

69 Vgl. F. Smits, a.w., p. 119.

het testen, niet om de belangen bij het (verbod op) het gebruik van alcohol of drugs.

8.1 Belangenafweging bij d&a-testen

De belangen van de werkgever bij het testen van de werknemer op alcohol- en drugsgebruik zijn grotendeels dezelfde als zijn belangen bij het verbieden ervan. Als we een lijstje zouden maken van mogelijke belangen van zwaar naar licht, zou dat er als volgt uit kunnen zien.⁷⁰ Het zwaarst wegende belang is veiligheid, van werknemers of van derden. Ook relatief zwaarwegend zijn integriteitseisen, ingegeven door de aard van de werkgever of door specifieke functie-eisen (verslavingszorg, geestelijken, leidinggevenden). Iets lichter weegt het willen bevorderen van prestaties en het verkleinen van financiële risico's verbonden aan ziekteverzuim. Relatief licht weegt het willen handhaven van algemene (fatsoens)normen of angst voor imagoschade zonder specifieke aanleiding in het bedrijf. Het belang van de werkgever bij de wijze van testen zal voorts zwaar zijn als het de enige mogelijke manier van testen is, en lichter als het alleen maar goedkoper of praktischer is dan alternatieven.

De werknemer heeft belang bij een zo licht mogelijke inbreuk op zijn privacy als gevolg van de test. Daarbij moet worden bedacht dat in het kader van het recht op privacy een bijzondere waarde wordt gehecht aan medische privacy en lichamelijke integriteit.⁷¹ Niet alle inbreuken daarop zullen echter even zwaar zijn. Zwaar is een inbreuk als de test het binnendringen van het menselijk lichaam meebrengt.⁷² Ook een behoorlijk zware inbreuk lijkt mij het moeten afstaan van 'lichaamsmateriaal' uit de taboesfeer (urine, ontlasting). Een minder grote inbreuk is het afstaan van lichaamsmateriaal zonder taboe (hoofdhaar, speeksel, adem). De wijze waarop de test wordt verricht, kan ook nog uitmaken. De inbreuk is minder groot wanneer het beleid vooraf kenbaar is, klachten of *second opinions* over de test mogelijk zijn, de meting discreet en betrouwbaar is en wordt verricht door personen met geheimhoudingsplicht jegens anderen dan de werkgever, enzovoort. Met de test moet idealiter niet (veel) meer informatie kunnen worden verkregen dan nodig. Als dat onvermijdelijk is, moet de overbodige informatie vernietigd worden.⁷³

⁷⁰ Zie tevens Terstegge 1993 en 2002, a.w.

⁷¹ Zie noot 50.

⁷² Bloed afnemen bijv. Zie Terstegge, a.w., 1993.

⁷³ Zie voor soortgelijke regels de documenten van de ILO en de EU (noot 63 en 65).

Toegepast op de onderhavige casus leidt dit tot de conclusie dat de belangen van de werkgever bij de drugscontrole relatief niet heel zwaar wogen. Aan een serveerster van drankjes in een casino kunnen nu niet direct de hoogste veiligheids- en prestatie-eisen en integriteitsrisico's verbonden worden. Hooguit wordt een zekere representativiteit vereist. De gevreesde imago-schade van het hotel was bovendien weinig specifiek. De test zelf was (naar Nederlands recht) waarschijnlijk verboden of anders wel aan te merken als een zware inbreuk, nu het ging om *random* opvragen van urine zonder verdenking. Over de betrouwbaarheid en zorgvuldigheid van de testprocedure bestaan geen twijfels. Wel had een minder ingrijpende test kunnen worden gebruikt: cocaïnegebruik kan ook blijken uit een speekseltest.⁷⁴

Zou de werknemster hebben geweigerd om zich te onderwerpen aan de test, dan had zij naar Nederlands recht mijns inziens een sterke zaak gehad. Dat heeft zij echter niet gedaan, zodat de informatie over haar cocaïnegebruik beschikbaar kwam. Het probleem met schending van informationele privacy is dat, als die schending eenmaal een feit is, het conflict daarna verschuift naar de relevantie van de verkregen informatie. Dat blijkt ook uit dit arrest: de eventuele onrechtmatigheid van de test is niet aan de orde geweest in de procedure, de vraag was slechts of de verkregen informatie relevant was. Daar is een goede verklaring voor. De Nederlandse rechter is namelijk slechts zelden bereid dat bewijs uit te sluiten. Het is niet zo dat rechters het feit dat de informatie onrechtmatig is verkregen, daarbij negeren. Zij beslissen de zaak echter vaak op grond van een afweging tussen de inbreuk op het recht op privacy enerzijds en het belang om recht te doen op grond van de feiten anderzijds, een afweging die uitgedrukt kan worden als een botsing tussen artikel 8 en artikel 6 EVRM.⁷⁵ Daarbij wint doorgaans het laatstgenoemde belang, en dat is niet in strijd met het EVRM.⁷⁶

De toepasselijkheid van de WBP had dus niet direct uitgemaakt voor de uitkomst van deze zaak. Indirect had er wel een normerende werking van uit kunnen gaan. De achterliggende gedachte van de WBP is immers dat medische gegevens een bijzondere bescherming behoeven. De belangen van een partij die deze gegevens wil verkrijgen, moeten relatief zwaar zijn voordat dat mogelijk is. Als dat geldt voor de controle, geldt het ook voor het controlebeleid zelf. Die beschermingsgedachte had de Hoge Raad kunnen overnemen bij de toets van de rechtmatigheid en redelijkheid van het alcohol- en

74 Vgl. 'Kamer pleit voor strengere aanpak drugs in verkeer', NRC 10 januari 2008.

75 M.C.D. Embregts, Uitsluitel over bewijssuitsluiting, Deventer: Kluwer 2003, p. 253-254; Koevoets, a.w., par. 2.6.

76 EHRM 12 juli 1988, NJ 1988, 851 (Schenk); vgl. Embregts, a.w., p. 239-240.

drugsbeleid zelf. Maar die beschermingsgedachte had de Hoge Raad ook kunnen ontleenen aan artikel 8 EVRM, en dat heeft hij niet gedaan.

Zou de uitspraak van de Hoge Raad daarom in strijd kunnen zijn met het EVRM? Die kans is aanwezig, maar niet groot. Enerzijds sluit het EHRM bij de toepassing van artikel 8 EVRM veelal aan bij opvattingen die leven in de lidstaten. De Privacyrichtlijn is een uiting van die opvattingen. Zoals vermeld wordt door de Europese Commissie gewerkt aan een verdere invulling daarvan met betrekking tot de bescherming van de werknemer bij testen op alcohol- en drugsgebruik. Anderzijds zal ook het EHRM vermoedelijk het gebruik van cocaïne naar de periferie van de beschermingswaardige privésfeer verwijzen. Het civiele arbeidsrecht werpt daar mijns inziens een ander licht op, maar het ligt niet op de weg van het EHRM om dat bij de afweging te betrekking. Het EHRM verleent de lidstaten bij de uitleg van het verdrag immers een zekere 'margin of appreciation'.⁷⁷ Verhey meent dat in horizontale betrekkingen een grotere marge wordt toegekend dan in verticale betrekkingen.⁷⁸ De kans lijkt daarom niet erg groot dat het Hof zijn eventueel afwijkende oordeel over de vraag of sporen van drugsgebruik een breuk in de arbeidsrelatie rechtvaardigen, in de plaats stelt van het oordeel van de Arubaanse hoven en de Hoge Raad.

Een uitzondering zou ik willen maken voor het dwingend opleggen van opname in een ontwenningsskliniek. De Hoge Raad stapt over de bezwaren hiertegen mijns inziens veel te lichtzinnig heen. De regel dat iemand niet gedwongen kan worden tot een bepaalde medische behandeling behoort tot de kern van het recht op lichamelijke integriteit.⁷⁹ De behandeling wordt hier echter als een redelijke verplichting aangemerkt, terwijl er zelfs geen spoor van bewijs is dat die behandeling medisch of sociaal geïndiceerd zou zijn. Ook civielrechtelijk gezien is dit mijns inziens een buitenproportionele sanctie, waar de werkgever nimmer toe bevoegd kan zijn. Elke band met arbeidsverrichting en orde in de onderneming ontbreekt, en de verplichting speelt deels buiten werktijd en geheel buiten de werkplek. De verplichting om rekening te houden met de belangen van de werkgever kan mijns

77 Y. Arai, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, NQHR 1998/1, p. 41-61.

78 Verhey, a.w., p. 55 en 160-163 (met betrekking tot het criterium: voorzien bij de wet).

79 Zie de jurisprudentie van het EHRM in noot 50 en Heringa, a.w., p. 4 en 31; A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht, Een grondrechtelijk en rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 29 en 133-135. Het recht op medische zelfbeschikking staat centraal in de WGBO (artikel 7:450 BW). Gedwongen opname van (psychiatrische) patiënten is volgens de WBOPZ in beginsel slechts mogelijk via tussenkomst van de rechter. Deze wetten kunnen gezien worden als een uitwerking van het recht op medische zelfbeschikking.

inziens niet zo ver gaan dat een werkneemster, zelfs al zou zij verslaafd zijn, zich moet laten opnemen om zo snel mogelijk 'af te kicken', terwijl zij thuis twee kinderen te verzorgen heeft.

Maar dit gezegd zijnde, moet geconstateerd worden dat het arrest uiteindelijk ging over de vraag of een dringende reden aanwezig was. Aangezien de Hoge Raad meende dat de enkele overtreding van een door de werkgever gestelde regel inzake drugsgebruik daarvoor voldoende was, zou ook dit de uitkomst van de zaak vermoedelijk niet hebben veranderd.

9 Besluit

Dit arrest ging over het grondrecht op het gebruik van cocaïne. Dat recht, kunnen we constateren, bestaat niet. Het arrest had ook kunnen gaan over de grenzen van de gezagsbevoegdheid van de werkgever, en de vraag of die bevoegdheid reikt tot buiten de grenzen van werktijd en werkplaats. Daar ging het arrest echter niet over. Dat is mijns inziens een gemiste kans. De civielrechtelijke grens van de gezagsbevoegdheid vormt een onderwerp dat maar zelden aan de Hoge Raad wordt voorgelegd, terwijl de gezagsbevoegdheid de kern van de arbeidsovereenkomst vormt.

Zoals ik heb betoogd, moeten de civielrechtelijke grenzen van de gezagsbevoegdheid bepaald worden door de beperking van voorschriften tot arbeidsverrichting en orde in de onderneming, binnen werkplaats en werktijd, en binnen de werksfeer. Bij twijfel moeten de grenzen uiteindelijk bepaald worden door een belangenafweging. Deze belangenafweging ziet er anders uit dan een grondrechtelijke belangenafweging. Dit is nog het beste uit te drukken als een verschil in bewijslastverdeling.

In een toets aan artikel 8 EVRM moet de werknemer bewijzen dat het gedrag dat door een voorschrift van de werkgever wordt verboden, binnen het recht op bescherming van de privésfeer valt. Het gebruik van cocaïne valt niet binnen de privésfeer, in elk geval niet in de kern ervan. In een civielrechtelijke afweging moet de werkgever bewijzen dat een voorschrift binnen de werksfeer valt. De bevoegdheid om gedrag van de werknemer te verbieden houdt op buiten de werksfeer, ook al betreft het minder fraaie handelingen als het gebruik van cocaïne. Een voldoende verband met de werksfeer moet door de werkgever worden bewezen. De keuze van de Hoge Raad voor een grondrechtelijke toetsing werkte door dit verschil in bewijslastverdeling in dit geval nadelig voor de werkneemster. Dat nadeel werd versterkt door de lichte bewijslast die de werkgever werd opgelegd voor het bewijs van zijn belang bij het verbod.

Het is enerzijds een gemiste kans dat de Hoge Raad de civielrechtelijke belangenafweging heeft genegeerd, maar uitsluitend het belang bij cocaïnegebruik heeft afgewogen tegen het belang bij een drugsvrije onderneming. Anderzijds is er daarom minder aanleiding om dit arrest te hantieren als een algemene leidraad voor geschillen over de grens tussen werk en privé. Snuiven is geen grondrecht, dat is alles.

*W.L. Roozendaal**

* Docent sociaal recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.